POR DOÑA ANA GOMEZ DE LA LIZERA, VEZINA DE SEVILLA.

EN EL PLEYTO DE ACREEDORES

A LOS BIENES DE DON BARTOLOME Felipe de Alaraz, vezino de Villafranca de la Marisma.

Num.1. 

ESTE CONCVRSO està acomulado el pleito executiuo que Doña Ana Gomez siguiò, con Don Bartolomè Felipe, y Doña Maria Pablos de Obregon su muger, difunta, por veinte y ocho mil quinientos y cinquenta reales de vellon, y nueue cientos y sesenta y quatro pesos de plata, en virtud de escriptura publica guarentigia, su fecha en diez de Octubre de el año passado de mil seis cientos y setenta y vno, porque obtubo sentencia de remate, y no se executò el apremio, por auerlo embarazado la acumulacion, y el concurso.

¶ 2 Pero respeto de que en esta escriptura auia sido fiador de mancomun Simon Gonzalez, vezino de Villafranca, el qual auia muerto, dexando por su herede ra à Doñ MariaFrancisca de Acosta, su muger, que oy lo es de segundo matrimonio de Alonso Hernandez, se si guiò tambien con ella la execucion; y à su nombre, y sin poder por entonces, se opuso Antonio de Bargas, Procu rador de esta Real Audiencia, alegando diferentes excep ciones, que se intentaron probar, con instrumentos, y testigos presentados en las Villas de Villafranca, y las Cabezas de Señor San Juan, por Don Bernardo Gonza lez de Valdes, Clerigo de Menores, Mayordomo de la Fabrica de la Parrochial de Señor San Vicente, à nom bre, y tambien sin poder por entonces de Alonso Hernan dez.

¶ 3 Las excepciones opuestas se reduxeron à excesso de poder, en quanto al fiador, porque solo lo auia dado à Don Bartolomè Felipe, para que le obligasse à mil y quinientos pesos, y que tomò mas cantidad.

¶ 4 Y que Doña Ana Gomez de la Lizera era persona supuesta, y aunque estaua à su cabeza la escriptu ra, pertenecia à Don Agustin Perez de Vasconzelos, Pres bytero, y se componia de ditas antiguas; y especialmente de vña de catorze mil trecientos y quarenta reales de vellon, de que Don Agustin diò carta de pago, cessión, y lasto contra otros obligados el mismo dia 10. de Octu bre de 71. y de muchas vsuras à razon de treze por ciento.

¶ 5 Y assimismo se alegò excepcion de paga de ochocientos y cinquenta y dos pesos, de que Don Agus tin Perez diò recibo en nombre de Doña Ana, que ella tiene reconocido, y siempre ha protestado, y esta llana à abonar.

¶ 6 Para comprobar la excepcion de vsuras se presentaron vnas cartas, que se dize auer escrito Don Agustin Perez à Don Bartolomè Felipe, en que embia à pedir premios de algunos años, sin contener cantidad li quida,

quida, y ſe pidiò requiſitoria para hazer probanza en Villa Franca, y las Cabezas;y aunque Doña Ana la con tradixo,y recusò à aquellas Juſticias; y el Juez Ordinario mandò,que los teſtigos ſe traxeſſen à Seuilla, depoſitan do Doña Ana el gaſto neceſſario,ſe rouocò por V. S. Y ſe mandaron deſpachar las requiſitorias llanamente, con que traxo Don Bernardo Gonzalez de Valdès examina dos onze teſtigos,como èl los quiſo pintar, y dos de ellos ſuponen auerſe hallado en Seuilla à el otorgamiento de la eſcritura,diziendo ſe compuſo ſolo de dictas anteriores ſin vn real decontado, aunque vu Pedro Ximenez Loza no,examinado en Villafranca,y deſpues enSeuilla en otra inſtancia, dize, que Don Bartolomè Felipe le confeſsò, que los nueue cientos peſos de plata, fue dinero que recibiò en contado.

¶ 7 Sin embargo de eſtas probanzas en que tam bien hubo dos teſtigos de hecho propio de auer pagado vſuras à Don Aguſtin de dinero que les preſtò; y que to dos depuſieron generalmente, que Don Bartolomè Feli pe le pagaua vn treze por ciento,y muchos regalos,como ſe articula;y por el miſmo tenor del interrogatorio, bien que notoriamente nulas por defecto de poder; que aun que deſpues ſe otorgò con ratificacion de autos, eſtaua opueſta ya la nulidad, y hechas ante juſticias recuſadas, hubo tambien ſentencia de remate contra eſta heredera del fiador.

¶ 8 Por ſu parte ſe apelò de hecho ante V. S. por injuſticia notoria,y hubo auto *de digan, y aleguen, con tres, y ſeis dias.* Y à eſte tiempo ſe auia recibido à prueba eſte pleito con todos los acreedores, y por parte de la Fabrica de la Parrochial de Señor San Vicente, vno de ellos la auia hecho tambien D. Bernardo Gonzalez de Valdès ſu Mayordomo; con otros cinco teſtigos que depuſieron en la miſma forma, y con las miſmas pala bras del interrogatorio,de que el *pretenſo* credito ſe com ponia de otros creditos *pretenſos*, y otras, que no es poſible entiendan hombres ruſticos, como lo ſon

to

¶ 2 Pero respeto de que en esta escriptura auia sido fiador de mancomun Simon Gonzalez, vezino de Villafranca, el qual auia muerto, dexando por su heredera à Doñ Maria Francisca de Acosta, su muger, que oy lo es de segundo matrimonio de Alonso Hernandez, se siguiò tambien con ella la execucion; y à su nombre, y sin poder por entonces, se opuso Antonio de Bargas, Procurador de esta Real Audiencia, alegando diferentes excepciones, que se intentaron probar, con instrumentos, y testigos presentados en las Villas de Villafranca, y las Cabezas de Señor San Juan, por Don Bernardo Gonzalez de Valdès, Clerigo de Menores, Mayordomo de la Fabrica de la Parrochial de Señor San Vicente, à nombre, y tambien sin poder por entonces de Alonso Hernandez.

¶ 3 Las excepciones opuestas se reduxeron à excesso de poder, en quanto al fiador, porque solo lo auia dado à Don Bartolomè Felipe, para que le obligasse à mil y quinientos pesos, y que tomò mas cantidad.

¶ 4 Y que Doña Ana Gomez de la Lizera era persona supuesta, y aunque estaua à su cabeza la escriptura, pertenecia à Don Agustin Perez de Vasconzelos, Presbytero, y se componia de ditas antiguas; y especialmente de vna de catorze mil trecientos y quarenta reales de vellon, de que Don Agustin diò carta de pago, cession, y lastó contra otros obligados el mismo dia 10. de Octubre de 71. y de muchas vsuras à razon de treze por ciento.

¶ 5 Y assimismo se alegò excepcion de paga de ochocientos y cinquenta y dos pesos, de que Don Agustin Perez diò recibo en nombre de Doña Ana, que ella tiene reconocido, y siempre ha protestado, y esta llana à abonar.

¶ 6 Para comprobar la excepcion de vsuras se presentaron vnas cartas, que se dize auer escrito Don Agustin Perez à Don Bartolomè Felipe, en que embia à pedir premios de algunos años, sin contener cantidad liquida,

quida, y se pidiò requisitoria para hazer probanza en Villa Franca, y las Cabezas;y aunque Doña Ana la con tradixo;y recusò à aquellas Justicias; y el Juez Ordinario mandò,que los testigos se traxessen à Seuilla; depositan do Doña Ana el gasto necessario,se reuocò por V. S.Y se mandaron despachar las requisitorias llanamente, con que traxo Don Bernardo Gonzalez de Valdès examina dos onze testigos,como èl los quiso pintar, y dos de ellos suponen auerse hallado en Seuilla à el otorgamiento de la escritura,diziendo se compuso solo de dictas anteriores sin vn real decontado, aunque vu Pedro Ximenez Loza no,examinado en Villafranca,y despues enSeuilla en otra instancia, dize, que Don Bartolomè Felipè le confessò, que los nueue cientos pesos de plata, fue dinero que recibiò en contado.

¶ 7 Sin embargo de estas probanzas en que tam bien hubo dos testigos de hecho propio de auer pagado vsuras à Don Agustin de dinero que les prestò; y que to dos depusieron generalmente, que Don Bartolomè Feli pe le pagaua vn treze por ciento,y muchos regalos,como se articula;y por el mismo tenor del interrogatorio, bien que notoriamente nulas por defecto de poder; que aun que despues se otorgò con ratificacion de autos, estaua opuesta ya la nulidad, y hechas ante justicias recusadas, hubo tambien sentencia de remate contra esta heredera del fiador.

¶ 8. Por su parte se apelò de hecho ante V. S. por injusticia notoria,y hubo auto *de digan, y aleguen, con tres, y seis dias.* Y à este tiempo se auia recibido à prueba este pleito con todos los acreedores, y por parte de la Fabrica de la Parrochial de Señor San Vicente, vno de ellos la auia hecho tambien D. Bernardo Gonzalez de Valdès su Mayordomo; con otros cinco testigos que depusieron en la misma forma, y con las mismas pala bras del interrogatorio,de que el *pretenso* credito se com ponia de otros creditos *pretensos*; y otras; que no es posible entiendan hombres rusticos, como lo son

to

todos los teſtigos de las tres probanzas.

¶ 9 Y viſto el pleito ſe reuocò la ſentencia de remate contra Doña Maria Franciſca de Acoſta, reſeruando ſu derecho à las partes, para que lo ſiguieran como les conuinieſſe, de que ſuplicò Doña Ana, y para excluir las vſuras preſentò vna eſcriptura publica, otorgada en 20 de Octubre de 77. à ſu fauor, por Don Bartolomè Phelipe de Alaraz de ocho mil nueue cientos y ochenta reales, que importan los intereſes de ſeis años de los veinte y ocho mil quinientos y cinquenta reales, y el reſto de los nueue cientos peſos, à razon de cinco por ciento, y que no los auia pedido, ni los pedia, aunque la eſcriptura era llana por decontado; y alegò, que reſpecto de ſer muger, que haze diferentes empleos, y embarcaciones, y comercia con ſu caudal, y por la demora del deudor, y por razon del lucro ceſſante, y daño emergente, pudiera lleuar eſtos intereſes; y que ella ſiempre viuiò en ſu caſa aparte, y Don Aguſtin Perez corria con ſus dependencias en virtud de ſu poder, haſta que muriò, y dexò por ſu heredero à Don Simon Carrillo, y vnos legados à vnas hermanas Religioſas, de que preſentò teſtimonio, y certificaciones de los Curas de las Parrochias en que ella viuiò con ſu familia en caſas diſtintas: y tambien preſentò teſtimonio del poder que tenia dado para todos ſus negocios, y cobranzas à Don Aguſtin, deſde 4. de Setiembre de 1666. y ofreciò prueba de teſtigos.

¶ 10 Y auiendoſe recibido el pleito à prueba preſentò ſiete, que depuſieron conteſtemente, que Doña Ana viuiò en ſu caſa independiente de Don Aguſtin, y tenia caudal conſiderable, y hazia empleos, y cargazones para Indias; y por ſer muger principal, donzella, y no poder aſsiſtir à las cobranzas, y negocios, diò poder à Don Aguſtin, el qual cobrò de Don Bartolomè Felipe los catorze mil reales que le deuia, por la eſcriptura antecedente, del dinero que Doña Ana le preſtò en 10. de Octubre de 71. Y deſde eſte año continuò tambien ſus empleos, y ſino hubiera preſtado ſu dinero hubiera ganado

con

con èl mas de quince,y veinte por ciento, que dexò de grangear por la tardanza del deudor.

¶ 11 Por Doña Maria Francisca de Acosta se tratò de hazer nueua probanza de que Doña Ana no tenia caudal, y que Don Agustin lleuaua vsuras crecidas sobre que se presentaron cinco testigos, vno aquel mismo Pedro Ximenez Lozano, que auia jurado en Villafranca,y otros dos del mismo lugar,y vno de losPalacios, y vn Sacristan del Conuento de Monjas de San Leandro de Seuilla,que se alarga à cosas indecorosas contra Doña Aña,para ponderarla muy pobre, y contra el Sacerdote difunto, para exagerarlo logrero, hasta en vn real de à ocho que prestasse,y que lleuaua por èl medio real; y los demàs de ponen generalmente las vsuras contra este Sacerdote.

¶ 12 Confirmose en reuista la sentencia de vista reuocatoria de la del Ordinario de remate contra la fiadora,con la reserua referida, en cuya virtud se prosiguiò el pleito en via ordinaria, sobre la graduacion en bienes de Don Bartolomè Felipe de Alaraz, y su muger difunta,por las cantidades, por que tiene contra èl esta parte sentencia de remate.

¶ 13 Mas los acreedores que se le oponen (entendiendo que ya estaua vencida, como si lo juzgado en via executiua en fauor de la fiadora, que oponia excesso de poder en su obligacion,paga, y otras excepciones, pudiera obstar en la Ordinaria contra el deudor principal, ni aun contra la misma fiadora,con la reserua que contubo la executoria, vt *infra num.* 15. probabimus) se conuinieron en partir la hazienda, sin dar vn real à Doña Ana, cuyo conuenio aprobò el Juez Ordinario por su auto, que se reuocò por V. S. y se deboluiò para que determinasse sobre la graduacion.

¶ 14 Con esto pronunciò su sentencia excluyendo totalmente à esta parte, que por la de vista de V. S. se reuocò dando primer lugar,y grado à Doña Ana Gomez de la Lizera por las cantidades de vellon,y plata,por

B que

que obtubo ſentencia de remate, baxandoſe los ochocientos y cinquenta y dos peſos, que ha confeſſado, y con que ſe computen en la ſuerte principal, las cantidades que ſe juſtificare auer recibido Doña Ana por intereſſes. De que ſe ha ſuplicado, y ſe boluiò à recibir à prueba, y aunque la trataron de hazer los menores hijos del reo con curſado, como herederos de Doña Maria Pablos de Obregon ſu muger difunta, para juſtificar la dote, y gananciales; y que aunque ſe obligò, fue violentada, y que ſu madre quedò indotada, inſiſtiendo tambien en las vſuras. Y ſe preſentaron diferentes teſtigos, algunos compadres, y parientes, y que deponen de oìdas al miſmo Don Bartolomè Felipe, y dos que dizen pagaron à Don Aguſtin vſuras: y que aunque Doña Ana viuia en caſa diſtinta, preſumẽ ſe comunicauan las caſas por de dentro, porq̃ ſiempre viàn juntos à vno, y otro en la de D. Aguſtin. Y en quanto à la violencia, ſolo dize vn ſobrino de Doña Maria, que la viò afligida; y no ſe ha hecho otra coſa, ni esforzado mas, que lo que al principio ſe tratò de comprobar: Con que tiene V. S. viſto el pleito en grado de reuiſta, ſobre confirmar; ò rebocar la ſentencia de viſta, con otra nouedad de pretender la Fabrica de la Parrochial de Señor San Vicente, que aunque es poſterior en tiempo, ha de preferir en los ganados, y ſementeras, por ſer ſu credito del arrendamiento del Cortijo donde ſe cogieron las ſementeras, y paſtaron los ganados, que ſe han vendido, y Doña Ana tiene expreſſamente hipotecados en ſu eſcriptura à ſu fauor anteriormente. Y à todo ſe ſatisfarà por eſta parte, que pretende la confirmació en reuiſta *in puncto iuris*, diuidiendo el papel en dos Articulos, que ambos defiendan por juſta, y à derecho conforme la ſentencia de viſta de V. S.

ARTI

ARTICVLO PRIMERO.

¶ 15 SVPVESTO, pues, que lo juzgado en via executiua, nò obsta en la ordinaria, ex textu *in l. si iudex* 10. *ff. de his qui sunt sui vel alien. iur.* donde lo determinado en causa sumaria, no perjudica à lo principal; y mas con la practica de la reseruacion de su derecho à las partes, que puedan deducir en juizio Ordinario, como aqui la hubo, vt cum Parladorio, Azeuedo, & aliјs probat Noguerol, *alleg. 7. num. 61.* y que es constante que conserua el derecho, & exclusum est à condemnatione, & sententia ius reseruatum, & est quædam exceptio, quæ modificat actum, *gloss. in l. item Labeo*, §. *sed si iure, ff. famil. ercirscund.* Et sicut sententia confirmat, non reseruatum, ita conseruat intactum, quod reseruatum est, ac si nulla staret condemnatio, vt ex multis probat D. Salgado *de Reg. protect. p. 4. cap. 7. à num. 103. vsque ad* 107. Barbos. *vot. 126. num. 323.* cuyo voto es general de diferentes consultas, que se hizieron à este Autor de todas las partes de estos Reinos, y en èl se halla todo respondido, y resuelto por las letras del Alphabeto, y el punto de interès es mejor que en ninguno *al num.* 193. que en su lugar se ponderarà *infra n.* 23. en cuya consideració V. S. anulò el conuenio de los acreedores, que entre si auian partido la capa de esta parte, y mandò que el Juez determinasse sobre la graduacion, que es lo que auia quedado intacto por la reserua.

¶ 16 Y supuesta tambiè la grauissima autoridad de los instrumentos præcipuè in nostra Hispania, *ex l.* 115. *& seqq. tit.* 18. *p.* 3. D. Couarrub. *pract. cap.* 19. *&* 20. *num.* 9. vers. *item.* D. Vela, *dissert.* 10. *n.* 67. *& dissert.* 25. *num.* 42. *& dissert.* 38. *num.* 16. Pareja, *de instrument. edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *& tit.* 6. *resol.* 9. *num.* 22. Gutierrez, *lib.* 3. *pract. quæst.* 17. *à num.* 151. donde prueba que es manifiesto, quod ex publico constat instrumento, y todos conuienen sin escru

pulo,

pulo,en que es probatio probata, *ex Clemente Sepæ, de verb.signif. l.cum præcibus.C. de probat.* D.Castillo. *lib.2. controu.cap.16.num.4.* quia quod ex illo constat, dicitur euidenter apparere, *cap.cum accesissent de rescript.cap. cum dilecti.de donat.*D.Castillo, *d.cap.16. num.5. & 6.* por lo qual se llama incorrupta su fee,*in l. emancipatione, C. de fid.instrum* Y tiene por si las tres presumpciones irrefraga bles,de solemne,y escripto de voluntad de las partes, y que es verdadero todo lo que en èl se contiene. Pareja, *d.§.2.num.8.*D.Valenz.*consil.2.num.18.*D.Larrea, *allegat. 21.num.1.* Noguerol, *allegat.11.num.8.* taliter, que aun que los testigos de el instrumento digan,que no oyeron, lo que en èl està escrito,no lo reprueban, vt cum multis probat Pegas,*resolut.forens.cap.19.num.8.* Y quieren dos rusticos de Villafranca, que suponen auerse hallado pre sentes al otorgamiento de la escriptura de estos autos, destruir su contenido,no siendo de aquellos que requiriò la *l.optimam.14.C.de contrahend.& commitend. stip. y la l. 117.tit.18.p.3.*

¶ 17 Es llano,Señor,q̃ se deba graduar esta escriptu ra de 10.de Octubre de 71.como anterior, en primer lu gar,y grado,ex regula *text.in l.11.ff.qui potior in pign.hab.* como *V.* S.lo ha hecho en su sentencia de vista rebocato ria de la del Ordinario,lo qual està aprobado, y canoniza do por la Santidad de Bonifacio Octauo,*in reg.54.de reg. iur.in 6.*Y assi dixo Diana,*tom.6.tract.3.resol.211.* que en conciencia,no se podia alterar con ningun pretexto esta regla,aunque pagando enteramente al primer acreedor, no quedasse cosa alguna à los demas, aunque sean mas pobres,ò obras pias,siendo el primero hipotecario, *ex l. priuilegia ff.de priuileg.cred.* porque solo entre los perso nales ay rateo,y aun no faltò quien quiso, que *cæteris pa ribus*,prefiriesse el pobre en la solucion, quos refert P. Diana, *d.resol.211.num.9.& seqq.* pero ex iustitia non est minus debita solutio diuiti,quam pauperi, nec pauperi, quam pauperiori;y asi resuelue, que no seria caridad la que se opone à la justicia en este caso. Y siempre el ante

rior

rior hyppotecario tiene ſu preferẽcia,etiam in bonis poſ tea quæſitis por la obligacion general. D. Valenzuela Velazquez,*conſ.*56.Carleual *de iudit.tit.*3.*diſp.* 20. *à num.*28. D.Salgad.*in Labyr.*2.*part. cap.*21. *à num.*65. quæ quidem omnia vulgariſsima ſunt,ſed inexcuſabilia.

¶ 18 Pero como no ay regla, que no tenga ſus limitaciones,y falencias, y como dize el refran Caſtellano, *no ay Regla ſin excepcion,*ſe han buſcado muchas,intentando deſtruir la Regla que fauorece à eſta parte,ofuſcarla, y poner turbido ſu derecho, bien que el que tiene por ſi la Regla funda ſu intencion,vt probat Gonzalez *in reg. cancel.gloſſ.*8.*nu.*70. Y aſsi in dubio regulæ adherendum eſt, dum exceptio liqnidiſsimè non probetur D. *V*ela *diſert.* 34.*num.*23.*ex l.Imperatores* 17.verſ.*Niſi proprio,ff.de ſeruit. ruſt.præd.l.ab ea parte* 5. *ff. de probat.* La vna es de ſimulacion, y vſuras, de que ſe tratarà en eſte articulo primero que oponen todos los acreedores. Y la otra,que opone ſolo la Fabrica de la Parroquial de ſeñor San Vicente, y ſus Beneficiados pretendiendo, que aunque ſon poſteriores en tiempo deben preferir à eſta parte en la ſementera, y ganados,por el arrendamiento de ſu cortijo, por el priuilegio que dizen tener de derecho, à que ſe ſatisfarà en el articulo ſegundo.

¶ 19 Y entrando por la ſimulacion, como eſta no ſe preſume ſin cauſa legitima, vt cum multis probat Farinac.*de falſit.& ſimulat.quæſt.*162.*num.*136. D.Salgad. *in Labyrint.credit.par.*2.*cap.*14.*num.* 131. no puede de ninguna forma ſer cauſa ſuficiente,la qne ſe ha inſinuado en eſte pleyto,de que el auer pueſto eſta eſcriptura Don Auguſtin Perez de Baſconcelos en cabeza agena,fue porque el Juez Ecleſiaſtico no procedieſſe contra èl por vſurero, pues eſte miſmo inconueniente pudiera auer en D. Ana, la qual no tiene priuilegio,para que ſi cobraſſe vſuras prohibidas, ſe dexaſſe de proceder cõtra ella por el Juez Ecleſiaſtico,ò Secular, por ſer delito de mixto fuero, vt cum multis probat Matheu *de re crimin. controv.*40. *num.*39. y ſi en la realidad el dinero ſe diò preſtado,que ſimulacion

puede auer en este caso de poner à vna, ò otra cabeza la escriptura? Pues solo esta quedara velut vmbra, & corpus sine anima; vt inquit D. Olea *de cession. iur. & action. tit. 8. quæst. 1. num. 3.* si no se hubiera dado el dinero, ò no debiera cosa alguna Don Bartolomè Felipe, sino que aquella escriptura la hubiera otorgado para defraudar otros acreedores à fauor de alguna persona conjunta, ò con quien tubiesse estrecha amistad, de quien se pudiera presumir fraude, de que juntò muchas conjecturas. Noguer. *allegat. 10.* per tot. & alij apud D. Oleam, vbi supra *num. 4* Pegas *resolution. forens. cap. 5. num. 159. cum seqq.* aunque estas solo podràn aprouechar à los terceros, en cuyo fraude se simulò el instrumento; pero no à los mismos deudores, porque estos han de probar la simulacion realmente por otro instrumento de resguardo, y de otra forma si otorgã la escriptura la pagaran sin remedio, vt probat Peregrin. *de jur. fisc. lib. 5. tit. 1. rubri. de public. bonor. num. 161.* Tusch. *litt. S.* verb. *Simulatio, conclus. 260. num. 11. & 12. & concl. 261. num. 8. cum seqq.* Mantic. *de tacit. lib. 12. tit. 36. num. 9. & seqq.* & cum alijs Farinac. *dict. quæst. 192. num. 99. & 249.*

¶ 20 Pero aqui no importa que hubiessen dependencias entre Don Augustin, y Doña Ana, si entre estos, y Don Bartolomè Felipe no auia causa de fingir escripturas, y la verdad, que instrumentalmente, y por testigos se ha ajustado, es que Doña Ana tenia caudal considerable, y que el dinero era suyo, y Don Augustin tenia su poder para las cobranzas, de que se ha presentado testimonio, y esta fue la causa de hallarse presente al otorgamiento desta vltima escriptura, como lo ha probado, la qual, aunque se compusiesse de otras ditas, y no de dinero en contado, auiendose reducido à obligacion de mutuo, como quiera que se quisieron obligar Don Bartolomè Felipe, y su muger, y fiador, quedaron obligados *ex l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.* D. Salgad. *in Labyr. credit. part. 2. cap. 26. per totum*, & præcipuè *num. 57.* Aillon ad Gometium *tom. 2. cap. 4. num. 3.* cum multis alijs. Y mas con tantas fuerzas, è hipotecas.

Conque

¶ 21 Conque excluida la causa de simulacion por nò eficaz la que se dà, y que la aya auido, pues lo contrario consta de los instrumentos, y testigos presentados por esta parte de afirmatiua de tener caudal proprio, y que era suyo el dinero, y algunos de hecho proprio que le lleuaron cargazones à Indias; y que si esta escriptura perteneciera à Don Agustin la hubieran pedido sus herederos, que no han hecho por no tocarles, *& nemo iactere suum præsumitur*, y si les tocara, nò dexara que Doña Ana Gomez la cobrara, se excluye tambien per consequens la excepcion de vsuras, pues aūque las hubiesse lleuado Don Agustin Perez, que no se confiessa, no ajustandose que las diesse à Doña Ana, ni ella las recibiera, no les puede perjudicar, pues solo diò poder para cobrar lo que se le debia, no para lleuar vsuras, ni hazer negociaciones con su dinero, ni tomar regalos, bien que todo esto debera el mandatario restituir al dueño, ex actione mandati, aunque su orden fuesse expressa de dar gratuito el dinero, por disposicion de el texto *in l. idemque* 10. §. *si mandauero*, *ff. mandati*, ibi: *Si mandauero procuratori meo, vt Titio pecuniã meam credat sine vsuris, isque non sine vsuris crediderit, an etiam vsuras mihi restituere debeat videamus? Et Labeo scribit restituere eum opportere, etiam si hoc mandauerim, vt gratuitam peccuniam daret.* Y en esta misma ley ay dos §§. antecedentes. El vno, *si procurator.* Y el otro el siguiente, *sed & si peccuniam*, que expressamente disponen, que si el Procurador comete mora, ò por retener el dinero que cobrò, ò por auerla concedido à los deudores debe vsuras al dueño, como tambien si diò el dinero à ganancias, y las cobrò, *quia bonæ fidei non congruit, ne de alieno lucrum sentiat*, y si el Procurador retubo en si el dinero, tambien las debe al dueño *quæ legitima modo in regionibus frequentantur*, como dize el texto; y asi aunque Don Agustin Perez excediesse cobrando vsuras nace contra èl la accion mandati para recuperarlas, sino es que contra la voluntad de el dueño diò el dinero à su peligro, que entonces harà suyas las vsuras, vt inquit Vlpianus ex Labeone *in dict.* §.

si

si mandauero in fine, ibi: *Quamvis si periculo suo credidisset, cessaret (inquit Labeo) in vsuris actio mandati*, que son textos clarissimos, y elegantes, vt aduertit D. Salgad. *in Labyr. credit. part. 2. cap. 20. num. 2. & 3.* donde supone por estos textos celebres, que si el mandatario cobra vsuras son sin disputa alguna del dueño del dinero, sino es en el caso de su excepcion, que refiere tambien el señor Salgado, *nu.* 24. donde si el mandatario cobrò à su riesgo las vsuras, y las hizo suyas, no ha de padecer por ello el pobre mandante, ni perder su dinero, que prestò, conque quiso negociar el mandatario logrando vsuras, que por estos textos se le permiten.

¶ 22 Pero en todo cuento es falso, que Doña Ana Gomez de la Lizera aya cobrado vsuras de esta escriptura, ni pactadolas al principio, quod euidenter patet, pues passados seis años cauales se obligò Don Bartolomè Felipe à fauor de Doña Ana de pagarle vn cinco por ciento de aquella escriptura, de qua *supra num. 9.* Y esto, ni lo ha cobrado, ni pedido, que es vna circunstancia que excluye qualquiera presumpcion de vsura paliada con nombre de interes, la qual se suele inducir quando se pacta por razon de lucro cessante, ò daño emergente, respecto de que al principio no se puede adiuinar lo que se podia lograr, ò dexar de ganar adelante, vt arguit Matheu *de re crim. d. controu. 40. num. 46. cum seqq.* bien que con muchos lleua lo contrario Caponi. *tom. 1. discept. 399. num. 8.* de qua latius *infr. num. 26. & seqq* Pero aqui auiendo passado seis años, en que auia tenido Doña Ana experiencia de la falta que le auia hecho su dinero; por lo qual se otorgò la escriptura referida, aunque no la pide, no ay vsura paliada. Y si fue por otra causa digala D. Bartolomè, y los acreedores, que en este particular ninguno ha hablado palabra.

¶ 23 Señor, tratados enteros se han escrito en esta materia de vsuras; pero de todos ellos saco yo dos conclusiones certissimas en el Derecho. La vna, que las vsuras es-

tàn

tàn prohibidas, *omni iure Diuino, Euangelico, Canonico, Ciui li, & Regio*, con grauiſsimas penas, y que es quaſi heregia defenderlas, por todo lo que juntò D. Laurencio Matheu *de re crim. dict. controu.* 40. *per tot.* donde trae todo lo que en deteſtacion de las vſuras han dicho los Autores de la materia ponderando eſte delito (vt in omnibus aſſolet) que no parece dexa reſquicio à defenſa alguna, aunque al *num.* 140. no declara las determinaciones de la Sala, ſino ſolo dize, que cada vno lo puede inferir, ſiẽdo aſsi, que en todas las demàs controuerſias refiere ſus deciſsiones. La otra concluſion es, de que ſon licitos los intereſſes por ra zon de lucro ceſſante, y daño emergente, *præcipuè in illis Prouintijs, in quibus negotiari ſolet*, lo qual reſuelue en ſus votos, y conſultaciones Canonicas el Obiſpo Aguſtin Bar boſa, *tom. 2. voto* 126. *num.* 193. verb. *Intereſſe*, que apunte, *ſupr. num.* 15. Etiam ſine vlla cautione, dummodo adſit mora inter eos, *qui ſoliti ſunt negotiari*, & quorum pecu nia lucro expoſita, & deſtinata erat, ex Angelico meo amantiſsimo Præceptore Diuo Thoma, & alijs, y ambas concluſiones abraza, y funda el lugar admirable del ſeñor Caſtillo *lib. 2. controu. cap. 1. per tot.* Y tan de fee es vna co mo otra concluſion.

¶ 24 Eſta vltima, ſe prueba ex iure Canonico *in cap. ſalubriter* 16. *de vſuris*, que aunque es eſ pecial de frutos de dote para ſuportar las cargas del matri monio, es caſo, en que por algun interes ſe puede retener mas de la ſuerte principal, pero mejor es *el cap. peruenit* 2. *de fideiuſſ.* donde ſe manda, que vnos Clerigos paguen à ſu fiador el dinero que por ellos laſtò, y los reditos que pa gò à vnos Mercaderes Bononienſes, *y los daños, è intereſſes*, ſin diminucion alguna. Y mejor el *cap. conſtitutus* 3. *eod. tit.* donde ſe dize auerſe aumẽtado el debito, y ſuerte prin cipal, ibi: *Et debitum augmentatum*, & infra manda el Pon tifice Lucio Tercero ſe pague eſte debito *cum acceſsioni bus*, vbi gloſſa intelligit *de vſuris*. Y mas expreſſo el *cap. di lecti* 17. *de foro competenti*, donde prohibiendoſe las vſuras ſe permiten juſtas, y moderadas expenſas, y congrua ſa

 tisfa

tisfaccion *de daños* demàs de la suerte principal.

¶ 25 Ex *jure* Ciuili probatur conclusio *ex l.3. §. fin.ff.de eo,quod certo loco.l.socium,60.ff.pro socio,* ibi: *Non quasi vsuras,sed quod socij intersit. L.si commissa,ff.rem rat. haberi.l.vnic.C.de sent. quæ pro eo quod interest,* vbi *in §.fin.* sic concludit noster Imperator Iustinianus, *& hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra complectitur constitutio.*

¶ 26 Y por ambos Derechos, y autoridades Teologicas lo prueba juntando todos los Autores de la materia,nueuamente Julio Caponi,*discept.forens.tom.5.discept. 99.per totam,*lugar digno de leerse, porque en èl està junto todo quanto ay que dezir en esta materia, vbi *num.6.* prueua ser costumbre in toto orbe terrarum apud omnes & quoscumque Senatus sic iudicandi, scilicet semper deberi Mercatori,*& solito negotiari* lucri cessantis interesse, illud (cum non fuerit inter partes conuentum) taxantes *secundum Regionis vsum,* moniti ex Juris Consultorum responsis *in l.quid ergo,§.consequitur,ff.de contraria, & vtili actio.tut.*ibi: *Cum vsuris trientibus, vel his, quæ in Regione obseruantur,l.1.ff.de vsur.*ibi: *Vsurarum modus ex more Regionis.l.tutor qui reportorium, §. & si contigerit, ff. de administ.tutor.*ibi: *Secundum morem prouinciæ præstabit vsuras,* vel secundum ea,quæ quis similis conditionis verosimiliter lucratus fuisset (prosigue Caponi) quod lucrum minus *decem centenis* mercatoris taxatum, y cita à Cartario, Rota Genuense, Cacheram, Alexandro Raudense, Neuisano,y Ruginelo,que cada vno afirma de diferentes Prouincias el estilo de los diez por ciento al menos,entre Mercaderes,y personas *solitas negotiari,*y de nuestra España cita à Narbona *in l.15.tit.18.lib.5.nouæ Recop. gloss.4. num.19.* bien que la tassa de diez por ciento la refiere en el *num.17 in fin.ex l.9.dict.tit.18.lib.5.Recop.*ibi: *Y que de las contrataciones permitidas no se pueda lleuar, ni lleue mas que à razon de diez por ciento por año.*

¶ 27 Y este lugar es admirable para la conclusiõ de interesses,enque se explican las palabras de la *l.15.* ibi:

Aun

*Aunque sea con color de damno emergente,ò lucro cessante,*en tendiendolas, quando interesse exigitur in fraudem vsu rarum eo suscepto colore,quod ratione lucri cessantis,vel damni emergentis percipitur cum re vera,nec damnum yllum emergens adsit, nec etiam lucrum cessans, sed to tum id fraudulẽter,& dolose vsurarum causa peragatur; pero quando se prueua la solita negociacion , y que se pu do aber empleado aquel dinero en otra cosa,y negociado con èl,es contratacion permitida,en que se puede cobrar interesses,y lo mismo prueba Hermosilla *in l.*10.*tit.*1.*p.*5. *gloss.*4.*num.* 306. y en auiendo mora en el deudor, es mas indubitable esta conclusion, vt probat idem Narbona *in dict.l.*15.*num.*7.cum Patre Molina *de just.& jur.disp.*315. *& alijs.*

¶ 28 Y no falta ley de partida que apruebe nues tra conclusion,pues la 8.*tit.*3.*part.*5. aunque habla de de posito,que es caso mas rigoroso,concluye con vna razon general,de que si por no tener vno su dinero, cumplido el plazo de la paga,y tenia por hazer otros pagamentos,ò empleos,se le siguieron daños, se le deben satisfacer , ibi: *E los daños,que le podrian venir por esta razon seria , como si oviesse à dar dineros, ò otra cosa à dia señalado con penas , ò con costas,ò en otra manera semejante de estas , è porque non le fuesse tornado el condesijo à la sazon que le debiera auer,ca yò en aquellas penas,è en aquellos cotos.*

¶ 29 Y sobre todo la opinion mas seguida en ma teria de las probanzas,y Hecho,que es necessario, para el Derecho de estos interesses, es, que basta probar el acree dor,*quod erat solitus negotiari cum pecunia,*y que verosimil mente si la hubiera tenido,hubiera ganado con ella, que sigue el señor Castillo *dict.lib.*2.*cap.*1.*num.* 49. porque lo demàs es muy dificil,ò casi imposible de probar, y la *l.*3. §.*fin.ff.de eo quod cert.loc.*solo quiso, que el acreedor fues se solito à comprar mercaderias, ibi: *Et quid si merces sole bat comparare?* pues lo demàs que a rguyen algunos Auto res de que incertum æstimationem recipere non posit, se conuence , con nada màs incierto que los frutos de

las

las viñas,y campos *propter incertum euentum*; que dixo el texto *in l.17.& l.oleo,C.de vsuris*,& tamen venduntur, & certo prætio æstimantur,*l.fistulas,§.frumẽta,ff.de contrah. empt.& l.8.eod.*ibi: *Tamen fructus futuri rectè emuntur.* Lo mismo en los seguros ex *l.periculi prætiũ,ff.de naut. fœnor.* idem in dubio litis euentu, y se estima, y transige Mantica *de tacitis,lib.26.tit.9.num.4.* la vida del hombre, y se estima tambien *in l.hæreditatum,ff.ad l.falcid.* Luego del mismo modo se podrà estimar,ò cõsiderar por qualquier Juez prudente sin prueba especifica el lucro cessante, quamvis incertum sit, inspectis, & perpensis circunstantijs rerum,& personarum, vt inquit Leotard. *de vsuris,q. 62.num.21.& 22.* Y Matheu conociò esto mismo (gracias à Dios) *dict.controu.40.num.91.* conuencido de muchos, y graues Autores que alli cita, que defienden que el acreedor *solito à negociar* puede lleuar estos interesses, aunque no quiso tolerar esta negociacion,ò mercancia en los nobles,mas no habla de Seuilla, Genoba,ò otras Prouincias donde los mas nobles la exercen sin perjuizio de su Hidalguia,ni que por ello el Consejo de Ordenes aya detenido ningun Abito Militar en estas partes, vt testatur noster Escaño *in propugn.Hyerosƒ.discept.3. part.2.num. 19.20.& 21.* Hablando de la Religion de señor San Juan, y su Abito.

¶ 30 Y dexo aora de ponderar otras razones de cõgruencia, de que su Magestad paga interesses de lo que se le presta, y de q̃ el acreedor se priua de su dinero, prestandolo,y dexando de negociar con èl en otras cosas, y concediendo vnas,y otras esperas,y dilaciones deforma que llega el deudor à ponerse de mala calidad, y no solo no quiere pagar, sino porque el acreedor quizàs por la mora lleuò,*quod Deus,quod leges,quod jus,pudorque iubent, & admitunt* (vt inquit Caponi *vbi supr.num.6.* vers. *Quis igitur*) de prauitate vsurarum redarguunt quemquam petentem sibi debitum,y fomentan pleytos semejantes à este con la ingratitud,que no pondero,porque en este caso

han

han dicho algunos discretos, que se ha de hablar menos, y considerar mas.

¶ 31 Y no es de omitir lo que dixo Æneo Roberto *lib.2. rer. indic.cap.* 7. quod nullus sine spe lucri pecuniam suam crediti fidem numerat, præcipuè mercatores publicas negotiationes, & commertia exercentes, in quibus lucrum magis damno emergenti vicinum, quam lucro cessanti dicitur. Y no abrà quien no imagine que està mas cerca el daño, que el prouecho de hazer gustos, y prestar dinero, y no falta refran Castellano que lo apoye, aunque *Matheu dict.controu.*40. *nu.*87. nimis scrupulosus quiere que sea pecado solo saludar al mutuante el mutuatario, como dando à entender, que en prestando el dinero, ni aun le ha de hablar mas; y quizàs por esto algunos en recibiendo el beneficio se enojan, y aunque encuentrẽ en la calle al que les socorriò su necessidad, no le saludan, ni quitan el sombrero. *Ita vt neque salutationem à debitore aucupari liceat ex mutui causa absque peccato* dixo Matheu, y que Gutierrez afirmò ser vsura qualquier galardon, *siue à lingua, siue à manu, siue ab obsequio procedat.*

¶ 32 Y en Seuilla, Señor, de ninguna forma puede auer controuersias en estos interesses, cõ el trafico, y comercio de Indias, y negociacion dentro de la misma Ciudad por ser *Emporium nundinarum,* que los Griegos llaman lugar de mercancias, y negociaciones, aunque Cadiz la tenga oy tan aniquilada, por auerse alzado con el comercio de las Naciones Estrangeras; y sin embargo todos tienen à Seuilla à vna voz por emporio de el vniuerso, como dize Rodrigo Caro en las antiguedades de Seuilla *cap.6.columm.*3*.vers.Lonja.*

¶ 33 Y assi aqui siempre ha corrido esta costumbre de interesses, y ganancias, y aunque con ella se hubiesse ido doña Ana Gomez, viendo que muchos honestos, y graues mercaderes vsan lo mismo teniendose publicamente por licito, y por mercaderia el dinero, nunca contendria nulidad el contrato, ni se podria llamar vsurario, aunque en otras regiones se obserue otra cosa; *argum.*

text.in l.si quis sit fugitiuus , §. *apud Labeonem* , *ff.de ædil. edict.* ibi : *Puto enim non esse eum fugitiuum* , *qui id facit, quod publicè facere arbitratur.* Et probat Caponi , *dict.disceп.399.num.* 12. *cum multis.* Y en el *num.*13. satisface admirablemente à las opiniones contrarias,especialmente à Carleual acerrimo tanto,como Matheu en la materia de vsuras,sobre la conuencion , y tassa de interesses al principio,con tanta euidencia,que convence à los que lleuarō no poderse hazer , *præcipuè in his locis,vbi consuetum est negotiari*,como en Seuilla , donde no ay hombre,ni muger que con su caudal,y dinero no comercie,y siempre lo tenga aparejado à la ganancia,trafico,y negociacion , como mercaderia,lo qual se estrañara en Castilla,Galicia, Montañas , y otras tierras , porque alli no ay tal vso , pero no en estos Puertos,y Prouincias, donde tanto dinero se presta *propter lucri spem* con este trafico , de que ay corredores publicos para ello.

¶ 134 Pero en el caso de este pleyto son ociosas estas questiones,porque de ninguna forma se comprueba, que Doña Ana aya lleuado,ni por razon de vsuras, ni de interesses,ò ganancias,cosa alguna,pues los testigos deponen del mandatario , y todos estàn examinados con nulidad notoria por el Escriuano de las Cauezas, de quiē por ser ya muerto se omiten algunas cosas notables ; pero era tanta su facilidad , que sin duda escriuiria lo que le notò Don Bernardo Gonzalez de Valdès que los presentò , y fomentò,como lo acostumbra , de que tambien ay en la Sala del Crimen processo muy reciente de no pequeño volumen contra otro Escriuano,que saliò priuado de oficio,y fue à vn presidio por lo mismo, siēdo la causa de todo Don Bernardo, como lo depusieron al tiempo de las ratificaciones los testigos que èl auia fomentado,y hecho examinar sin poder tambien ante este Escriuano,que està en Presidio, y aunque en otro tiempo no me fuera licito tocar este punto,porque fui Abogado de el negocio,oy estando executoriado, y que dixo el Espiritu Santo *Eccles. cap.8.ibi* : *Non iudices contra iudicem, quoniam secundum*

 quod

quod iustum est iudicat. Y que aunque con el afecto de el cliente se juzgue por el Abogado que tiene razõ, despues le desengaña la determinacion judicial; y algunos accidẽtes por donde se conuence, que el Juez *secundum quod iustum est iudicat*. Et idẽ *in l.22.tit.4.part.*3.ibi: *Nõ debe home aver mala sospecha, que el ficiesse en ningun pleito, q̃ demandasen ante èl, si nõ lo mejor.* Parece no se escusa traer à la memoria à V. S. el modo de obrar de este D. Bernardo Gonzalez, y mas quando no se ha reparado por los contrarios en tocar con tanto descaro al punto, y honor de vn Sacerdote difunto, passandose à cosas que no se debieron escriuir, porque tendràn el castigo Diuino que se puede esperar, y permitame *V.* S. señor, dezir que me tiene confundido lo que passò en este negocio con el Procurador contrario, que auiendose leuantado à prorrumpir contra el Sacerdote, y doña Ana lo que bastò para que el Pueblo juzgase lo que quisiera, aunque à nadie pareceria bien, saliò de la Sala, y al otro dia se le quebrò vna pierna, sin que aya buelto mas à la Audiencia; y aunque puede ser juizio temerario mio este, que serà lo mas cierto, puede tambien no ser acaso.

¶ 35 Digo pues, señor, què la nulidad destas probanzas es insanable por defecto de poder en este Don Bernardo, que sin èl presentò los testigos à nombre de aquel fiador; D. Salgad. *de Reg. protect. part.3. cap.9. nu.29. & 212.* y no se por dõde se pueda librar à pœna falsi, cum se procuratorem simulauit, vt probat D. Olea *de cess. iur. tit.7. q. 2. num.23. & 24.* Y mas no siendo por padre, ò por pariente, vt inquit *l.10. tit.5. part.3.* y aunque hubo ratificacion fue despues de opuesta la nulidad, que entonces no se pudo hazer en perjuizio del Derecho adquirido à esta parte *ex l.20. dict. tit.5. part.3.* & ibi *gloss.1. cum l. licet. 24. C. de procurat.*

¶ 36 Y aunque se han hecho otras probanzas para esforzar la simulacion, y las vsuras, no merecen fee los testigos, porque todos deponen *per eundem, præmeditatumque sermonem*, vt inquit *l.3. ff. de testib.* è inverosimilmente de

un

vn *treze por ciento* à bulto ſin verlos contar, ni ajuſtar la quenta,y aunque aya algunos que dizenpagaban vſuras à D. Aguſtin,y en eſte caſo baſten teſtigos ſingulares,vt ex *l.4.tit.6.lib.8.Recop.*probat Matheu *dict.controu.* 40. *num.* 41. & 42. la miſma ley aduierte que no tengan interes, y ſean tales, que el Juez deba darles credito, concurriendo otros adminiculos,y eſtos teſtigos lo juzgan tener con el exemplar deſte negocio; à cuyo fin ſe han deſenfrenado à jurar apaſsionadamente, ademas de que aunque fueſſe cierto eſte Hecho,que no lo es,y eſtà conuencido por muchos inſtrumentos, y teſtigos, queda probado por Derecho que no puede perjudicar à Doña Ana, aunque lleuaſſe algunos intereſſes, que de ninguna forma ha cobrado, ni los pide,aunque de ello tiene la eſcriptura publica, de que ſe ha hecho mencion,*d.n*,9.

¶ 37 Y pues he dicho,que en eſte caſo *ſe ha de conſiderar mas, y hablar menos* parece que ya baſta de vſuras,è intereſſes,y ojala no hubiera en lo foreſe ocaſiō alguna enq̄ controuertir eſte punto enSeuilla por los inconuenientes q̄ apūtarè,*infra à n.*54.& *ſeqq*. Y ſolo deſto ſe trataſe en elConfeſſonario con la diſcrecion que la explican los Autores de todas facultades. Y es cierto,que no ha tenido la otra parte de que agrauiarſe en la ſentencia de viſta de V. S. antes Doña Ana por lo fundado reciuiera agrauio en mandarle computar en la ſuerte principal los intereſſes,ſi algunos hubieſſe cobrado; pero como ſabe que no ſe le puede juſtificar tal coſa con verdad,no ha ſuplicado del cōque,y pretende la cōfirmacion en todo,ſin que la pueda embarazar la nueua alegacion de los menores hijos de Doña Maria Pablo deObregon obligada à eſta eſcriptura,de que fue violentada en eſta obligacion, y ſu juramento, y que quedò indotada por no tener juſtificacion de hecho, pues no ſe ha probado por medio alguno.

¶ 38 De derecho tiene menos juſtificacion por no aber opueſto Doña *M*aria Pablo en ſu vida tal violencia, ni ſacado relaxacion del juramento, vt neceſſe eſt,imo ve-

niens

niens contra iuramentum, etiam vi extortum absque relaxatione peccat mortaliter, vt probat Zeuallos *commun. contra comm. tom. 2. quæst. 605*. cum D. Couarr. & alijs, & P. Dian. *tom. 8. tract. 4. resol. 53. & seqq.* y aũque hubo opinion contraria en quanto al pecado, ambas conuienen enque la relaxacion es necessaria ad agendum, vel excipiẽdum, ni lo protextò con algun instrumento, vt inquit D. Castill. *tom. 8. de alim. cap. 59. num. 23. & seqq.* Y es de muy buena condicion D. Bartolomè Felipe, nada terrible, y solo para nuestra parte se ha puesto de mala, y aunque el señor Castillo *al num. 72.* intendit probare actionem *quod metus causa* posse exercere per mulieris hæredes, etiam si in vita conquæsta non fuerit neus suum in iudicium deduxerit, lo distingue *al num.* 74. diziendo que esto procede si se probò realmente el miedo, amenazas cum verberibus, y que hubo dolo, pero que si ex qualitate rerum, & personarum, & circunstantijs, quæ occurrant se induce quod mulier, quæ viuens tacuit, & conquæsta non fuit, nec ius suum in iudicium deduxit cum posset, forsam ideo tacuerit, & maxime si multũ tempus effluxerit, quod alienationem, aut obligationem iuratam seruare voluerit, & non impugnare, no tendràn acciõ los herederos, como assi sucediò en este caso.

¶ 39 Tampoco opuso en su vida Doña Maria Pablo indotacion, ni llegò el caso de enuiudar, y tratar de conseruar su dote para voluerse à casar, y tener prole, que es el fin de los priuilegios dotales, y el interes de la Republica en que las mugeres no queden indotatas *ex l. 1. ff. solut. matrim.* vt ibi probat Barbos. *num.* 82. que la muger naturalmente esteril no gozarà de los priuilegios, ni importarà que quede indotada, como ni la vieja quinquagenaria, à quien, y al hombre sexagenario se prohibia casarse por la ley Papia, Vlpian. *lib. regular. tit. 16. §. fin.* Lactãtius *lib. 1. de falsa religione, c. 16.* (aunq̃ pudiera suceder q̃ pariese alguna quinquagenaria, vt in text. *in l. si maior. 12. C. de legit. hæred.* sucedere posse refertur) q̃ es el fin principal del matrimonio, *cap. omne 10. 27. quæst. 2.* bien que Aristot.

F *lib.*

*lib.5.de histor.animal.cap.*14. Solino *in Polyhistoria, cap.* 4. Plinio *lib.7.natur.histor.cap.*14.& Alex.ab Alex.*lib.*4.*dier. genial.cap.*22.afirman, vt mulier quinquagenaria nequit concipere.

¶ 40 Y el fauor que el Derecho concede tan amplio à las dotes es vnicamente por el matrimonio cum Reipublicæ intersit mulieres dotes suas saluas habere. *Propter quas nubere possint,*vt ex *l.2.ff.de iure dot.l.interest* 18.*ff.de reb.auth.iud.possid.*probat D.Olea *de ces.iur. tit.* 3. *quæst.*·.*num.*1.*&*2.vbi etiam quod vtilitas publica consistit in dotis conseruatione, vt mulieres melius nubere possint, & liberis impleant Rempublicam ex *dict. l.* 1. *l. hoc modo* 64.*in fin.ff.de cond.& demonstr.*& ex eleganti text.*in l.cum ratio,*§. *si plures , ff. de bonis damnat.& alijs :* Doña Maria Pablo està muerta, que ya no se casarà mas(ni aun el dia del *juizio* en que resucitarà,*quia tunc nec nubent,nec nubentur,*que dixo San Mateo) ni puede dar à la Republica el interes de la propagacion,pues si viuiera,mas que se casara ocho vezes, como lo permite el *cap. aperiant* 31. *q.* 1.& probat D.*Valenz.cons.*13.*num.*1 ..vbi *num.*14. inquit inuentum fuisse virum;qui viginti vxores sepeliuit (valiẽte enterrador de mugeres!) y assi mal puedẽ aora los herederos de Doña Maria Pablo pretender que su madre no quede indotada,y mas no concurriendo las circunstãcias que se requieren,aunque ella viuiera,y litigara,que funda Noguerol *alegat.*30.*per tot.*

ARTICVLO SEGVNDO.

¶ 41 A Esta Fabrica de la Parroquial de señor San Vicente, y à su Mayordomo,y Beneficiados , dueños de el Cortijo de Torres,termino de *Vtrera* que *por Mayo de* 80, arrendaron à D.Bartolomè Felipe deAlaraz,veo muy vnidas con èl, y sus hijos , y tanto que llegaron à conuenirse, bajandole el tercio del arrendamiento del cortijo , desde primero de Enero de aquel año de ochenta , y en remitir

le

le toda la renta de ochenta y quatro por la esterilidad absoluta de el antecedente de ochenta y tres, de forma que se contentaban la Fabrica, y Beneficiados por todo su credito, que dezian importaba 9375. reales, con seis mil, y otros seis mil daban al Marquès de Valle Hermoso, acreedor personal, y lo demàs que sobraua del caudal à D. Bartolomè Felipe, para si, y sus hijos, dexando totalmẽte fuera à Doña Ana Gomez de la Lizera, con la suposicion de que ya estaua vencida, y excluida per rem iudicatam in iuditio executiuo cum illa reseruatione, de qua *supra num.* 13. *&* 15. y aunque esto se aprobò por el Ordinario que corriò con el proprio error, sin atender à la naturaleza de aquel juizio, y reserua de la executoria, se reuocò por *V.* S. y mandò hazer graduacion. Y aunque aquel conuenio fue nulo, por lo menos en èl se declarò la volũtad de los Beneficiados, y la que tienen à su colono, y tambien los actos nulos producen algunos efectos, siquidem ex eis declaratur voluntas, *l. fin. ff. de reb. eor.* & cum multis D. Olea *de ceff. iur. tit. 2. q. 5. n. 21. & seqq.*

¶ 42 Pero aquel Mayordomo D. Bernardo Gonzalez de Valdès fue el que fomentò las excepciones de simulacion, y vsuras por los deudores, y las quiso corroborar por su parte, vnidos todos contra esta pobre acreedora anterior, y desconfiando de tan debiles objecciones, à que queda satisfecho, *art.* 1. han insistido aora, enque la Fabrica, y Beneficiados tienen priuilegio de hipoteca tacita, y prelacion en los bienes embargados de la labor, y apero, y ganados que pastaron el cortijo, y sementeras que en èl se cogieron, y se han vendido, que si esto vencieran, se lo lleuaran todo, porque lo mas de el dinero depositado procede de ello, y en este punto trataron de hazer probanza à la quinta pregunta de su interrogatorio, y presentarõ cinco testigos, que los quatro depusieron *per eundem, præmeditatum que sermonem*, auerse criado, y nacido los ganados en el cortijo, y pastado en èl mas de veinte años que lo tubo arrendado D. Bartolomè, libre de diezmos, y todos son vezinos de las Cabezas de señor San Juan (que alli

alli ſe hallaron para vſuras,y para todo,eſtando el cortijo en *V*trera,y ſiendo el arrendatario de Villafranca, y otorgado el arrendamiento en Sevilla) aunque es verdad que vno dize que es libre de diezmo el cortijo, pero que por eſſo lo arrendò la Fabrica mas caro. Y aſsi aunque no pagara en veinte años el diezmo de ganados, pagò la rẽta, de cuyo tiempo no ſe le pide coſa alguna, y antes de entrar à diſcurrir ſobre eſte Hecho, y Derecho de la hipoteca tacita,y prelacion,es de aduertir, que D. Ana Gomez tiene à ſu fauor, y en ſu eſcriptura demàs de la hipoteca, y obligacion general anterior, la eſpecial expreſſa no ſolo de vnas caſas principales (embargadas con algunos muebles)ſino que tambien de dozientas y cinquenta bacas, y mil y ſeiſcientas obejas de ſu hierro,y ſeñal, y los partos, y poſpartos de vnas,y otras reſes, *vt ſupra nu.* 14.*in fine, diximus.*

¶ 43 Hoc ſupoſito, no ſe puede negar por eſta parte,que el dueño de las tierras tiene hipoteca tacita en los frutos extantes por ſu penſion(ſean naturales, ò induſtriales)*ex l.in prædijs, ff. in quib. cauſ.pign. vel hypp. tacite contrah.l.quamvis,C.eod.§.item ſeruiana inſtit.de act.l.5.tit. 8.part.*5*.in fin.* Y lo que juntò Collantes *en la pragm. de los Libral.lib.*1*.cap.*14 Mercurial Merlin.*de pign. lib.*2*. tit.*2*. quæſt.*67*.per tot.*

¶ 44 Lo que ſe ha dudado, y fue muy controuerſo entre los Autores, es, ſi eſta hipoteca ha de ſer con prelacion à los demàs acreedores anteriores, y aun à la dote, y aunque algunos quiſieron que ſi,defendiò lo contrario por mas verdadero,iure communi, acerrimamente Gaſpar Theſauro,*quæſt.forenſ.lib.*1*.quæſt.*29*. num.* 8. *in fin.* & ante eum Caualcan.*deciſ.*27*.num.*23*.part.*2.diziendo Theſauro *num.*7*. in fin.* non credendum eſſe Carrotio, nihil aleganti pro contraria opinione, & creditores conductoris expreſſam hypdotecam, & anteriorem habentes præferendos eſſe locatori poſteriori,ex regula,*l.*11*.ff.qui potiores,vt qui prior eſt tempore potior ſit iure.* Y Aguſtin *M*orla *in Emporio iuris tit.*10*.de locato,& conducto,part.*1*.q.*3*.n.*7

dà

dà vna razon eficaz,defendiendo esta opinion, *vt verissima, & iuris maximè consona, sic etiam longè receptissima* (son palabras suyas) de que la regla *qui prior est tempore* tiene siempre lugar, nisi in casibus à iure expresis, inter quos hic non est admuneratus, quia *text. in l. in prædijs, & alia iura*, quæ de tacita hyppoteca loquuntur, prælationem nequaquam omisissent, si ipsa concederetur, y *al num. 8. vsque ad finem*, satisface à las razones, y argumentos de la contraria opinion, y algunos han querido que esta obra sea del Doctor Gaspar Henriquez, Catedratico de Prima de Salamanca, subtilissimo Maestro de Morla, y que le transcribiò sin citarlo, vt inquit Feliciano *de censib. tom. 2. lib. 3. cap. 5. num. 13.* vers. *Quibus fundamentis.*

¶ 45 Lo mismo defendiò Rodriguez *de concursu & priuileg. cred. part. 1. art. 8. à num. 16. vsque ad 19.* donde prueba tambien que el Derecho solo preuino la hipoteca en los frutos por la pension, y no hubiera omitido la prelacion, siendo cosa de tanto momento, *quia ea quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, quasi neglecta sunt*, que dixo la *l. apud Labeonem, §. hoc edictũ, ff. de iniur.* y satisface à los argumẽtos en contrario, de que aunque los frutos son parte del fundo, no por esto son del locador; y si lo fueran, no consistiera en ellos la hipoteca, y assi no tiene dominio para retener los frutos sin concurso con otro acreedor, sino solo la accion Seruiana hipotecaria, que no podrà quitar su prelacion à otro anterior priuilegiado, y que arrendando *habita fide de prætio*, tiene el conductor el dominio de aquellos frutos que percibe, en que debe concurrir el locador *ius suum ex anterioritate persequẽs, non ex priuilegio*, fundandolo con muchos textos.

¶ 46 Esto corre sin controuersia con mas razon para todas las demàs cosas de ganados, y peltrechos que se hallaren en el fundo, ò predio rustico, quæ non aliter censentur obligata domino fundi pro pensione, *nisi expresè conuentum fuisset*, como por certissimo defienden los Autores citados, y solo es la controuersia *in fructibus*, que en lo demàs no la ay, vt probat Rodriguez *dict. art. 8. num. 3.*

&c alij infra referendi *num.* 49. *& seqq.*

¶ 47 Y aunque se ha dicho que este cortijo es dehessa tambien para pasto, y que alli nacieron los ganados, y pastaron, y que por razon de alimento tiene prelacion el dueño del fundo, vt deffendit Carleual *de judic. tit.3.disp.29.num.6.* que es el lugar mas fauorable que se puede citar por la otra parte de hipoteca, y prelacion por pasto de animales, demàs de no estar este Hecho bastantemente comprobado, vt dicam *num.seq.* no habla Carleual en nuestro caso, ni trae texto alguno, que pueda turbar la regla de la anterioridad de tiempo, y solo cita algunos Autores, que hablan en caso de aprehension de animales, que entraron en fundo ageno, y el señor los retubo por los daños, y alimentos, que les diesse, hasta que se le pagara, pero no de ganados proprios del Reo concursado, que pastarõ el cortijo, de que pagaban pension, y que estauan hipotecados anteriormente à otro acreedor, que en esto no puede auer priuilegio, ni defraudarse la hipoteca, y derecho del acreedor primero, como confiessan todos los Autores que dàn la prelacion en los frutos, de quibus *in fra d.n.49 & 50.* negandola en todo lo demàs inuento en el cortijo, ò fundo.

¶ 48 Ademàs de que en el Hecho ay mucha duda, y no està bastantemente ajustado, que estos ganados de yeguas, y otras caualgaduras menores, bacas, bueyes, y ouejas, que se vendieron en este concurso, siempre pastassen en el cortijo, y caso que alli nacieran, y se criaran, y estuviera probado, es constante, que de aquel tiempo antecedente, en que se dize aber nacido, y criado el ganado no se debe cosa alguna, antes es llano està pagado aquel primero arrendamiento, y aun mas de quatro mil y tantos reales, que importò la primera paga deste segundo (como D. Bartolomè Felipe lo confessò en vnos autos acomulados de D. Diego Garcia de la Parra, demàs de otros seiscientos reales, que confessò tambien vn Beneficiado auer cobrado con el apremio de aquellos autos, aora despues de visto este pleito.

Y

¶ 49 Y hablando ingenuamente en lo que es solo cierto el Hecho, y concedemos la prelacion, es, en la sementera que estaua pendiente, y recogiò Don Bernardo Gonzalez de Valdès, y en esta no era necessario mas prueba de testigos, que el mismo embargo, y notoriedad de estar sembrada, y averse cogido pendiente el cócurso, y en esto solo puede tener la Fabrica prelacion por el *cap.3.de la Pragmatica de los Labradores*, quæ est *l. 25.tit. 21.lib.4.Recop. nouiss.* que quitò las questiones del derecho comun, en que tanto auian discurrido los Autores, de quibus *supr.num.* 44. *&* 45. como quiso Collantes, *lib.3. cap.1.per tot.* & cum eo, & Villar *in Silva respons.* concludit Rodriguez *dict.art.8.num.20.* & Feliciano *de censib. dict. tom.2.lib.3.cap,5.num.12.vers.denique, & num.* 13. *vsque ad finem.* vbi solum loquitur in fructibus. Gaito *de credito cap.4.quæsito 11.num.1578.& seqq.* vbi de fructibus etiam loquitur, dummodo extent, aut de mala fide consumptis, *& num.1999.& seqq.* distinguit etiam inter fructus industriales, & naturales, & in appendice *d. c.4.n. 122. & seqq.*

¶ 50 Pero no se extiende la Pragmatica à conceder prelacion en otra cosa que en estos frutos de las tierras, ibi: *Que en los frutos de las tierras sean preferidos los señores de ellas por su renta à todos los otros acreedores de qualquier calidad q̃ sean*, y no à frutos de partos, y pospartos de ganados, ni à otros bienes, antes en esto queda fundado lo contrario, y haze la razon de la *ley apud Labeonẽ, §.hoc edictum, ff.de iniur.* citada *supr.n.46.*

¶ 51 Y todauia en la generalidad de las palabras de la Pragmatica *de qualquier calidad que sean*, no quiere Feliciano *vbi supr. num.* 14. que se comprehenda la dote (contra Collantes, y otros) *ex Auth.de æqualit. dot. §. his consequens col.8.* donde la hipoteca dotal anterior prefiere à todos los acreedores posteriores, *etiam priuilegiatis*, lo qual toco por si fuere preferida à la Fabrica por su dote Doña Maria Pablo, pues entonces por estar obligada à esta parte, ni aun en los frutos tendrà lugar la Fabrica à que alias, confessamos, que en la sementera pendiente, y

fru

frutos de ella concede la Pragmatica nueua, la prelacion que el Derecho comun abia omitido, no en los demas bienes in fundo invectis, aunque tubiesse en ellos hipoteca tacita; la qual por si sola no bastara para preferir à la expressa anterior(como ni en los frutos bastara, si no hubiera venido la Pragmatica.) Y es admirable lugar para esto el de Menochio *de adipisc.rem.3.à num. 36. cum seqq.*

¶ 52 Y es euidentissimo,que ni aun se induce hipoteca tacita,porque ay mucha diferencia entre predios vrbanos,y Rusticos,pues en vnos lo que se halla en ellos se entiende hipotecado por la pension,en otros no, si expressamente no se pacta,segun el texto expresso,*in l. eo iure 4.ff.in quib.caus. pign. vel hypp.tacitè contrah.*dum Neratius Jurisconsultus ait: *Eo iure vtimur, vt quæ in prædia vrbana inducta illata sunt pignori esse credantur,quasi id tacitè convenerit. IN RVSTICIS CONTRA OBSERVATVR.* Et etiam ad hoc est celebris textus,*in l. si non inducta 5.C.eod.t.*Y la Glossa *d.l.4.*in verbo *inducta,* advirtiò, q̃ eran necessarios tres requisitos para q̃ en lo que se halla en el fundo aya hipoteca,scilicet,quod sint inducta, quod perpetuo ibi sint; & quod *domino sciente, ex dict. l. in prædijs,ff.eod.l.debitor de pignor.l.certi iuris, C. locati*, y en esta ley està tambien la diferencia de predios rusticos, y otros muchos que cita Menoch.*dict.rem.3.num. 36. cum seqq.*donde refiere pro constanti,que sin pacto,ò conuencion expressa no estàn afectos estos bienes inuenctos in fundo,*& num.*41. confirmat idem,ex authoritate Theophili *in §. est, & seruiana Instit. de act.* qui in hęc verba scripsit:*Et seruiana quidem actione tali in specie vtimur, fundum à me conduxisti,& colonus mihi factus es,ad præstandos mihi quotannis mercedis nomine centum aureos, induxisti in eum fundum res complures,veluti æquos,boues, serucs, vestem, argentum,cum pacto,vt eæ mihi mercedis nomine obligarẽtur.* de que infiere Menochio, *luego si pacto no ay hipoteca, ni se puede inducir tacitamente en este caso*, la consequencia concluye,y excluye qualquiera prelacion en los ganados, y peltrechos de la labor,y la Pragmatica no la concediò,

por

porque esto no sería priuilegio del Labrador, sino pernicie suya, y no abria quiẽ le prestase vn real, y en graue daño de sus acreedores, cõque parece queda clara la justicia de esta parte en ambos articulos.

¶ 53 Y sobre todo D. Bartolomè Felipe se opuso dos vezes à la Fabrica, y à D. Diego Garcia de la Parra, que lo executò por la parte del Beneficiado, y en ambas pretẽdiò la vaja del tercio de la renta por cedula especial que ganò del Consejo, que original està en los autos fol. 146. en que se manda, *que ajustado lo que este cortijo ganaba el año de 79. se baje el tercio de ello*, y justificò tambien cõ medida de las tierras hecha en forma, y con muchos testigos que le faltaban al cortijo ciento y cinquenta fanegas de tierras que se lleuò el rio salado, porque tambien pidiò respectiua remission de la renta, pues de lo que no se vsa, no se debe la pension ex ijs, quæ fundat D. Castillo *controu. lib. 3. cap. 3. per tot.* donde trae todos los textos, y autoridades de la materia, & latè de patientia, quæ præstari debet locator, junto con la esterilidad de los años de 83. y 84. de que por el conuenio se allanaban la Fabrica, y Beneficiados à bajarle vn año enteramente, ex *l. 22. & seq. tit. 8. p. 5.* & ijs, quę non steriliter de sterilitate tractarunt Authores, in quo non immoramur, quia nostri non est in instituti, & consulto ommito, quia cogniti valde sunt.

¶ 54 Esto representa à *V.* S. doña Ana Gomez de la Lizera en ambos articulos por si, y por el Sacerdote difunto su poder auiente, pues auiendo mordido à su credito la emulacion, ò la imbidia, se halla tambien lastimado el de Doña Ana, como en alguna ocasion se quexò de lo proprio el Emperador Tiberio, vt inquit Tacitus *lib. 4. annal.* ibi: *Per imbidiam tui me quoque incussant.* Y el interes que abrà sacado de tantos como se le imputan auerse cobrado, serà vna nota de improba vsuraria, si no se ampara su justicia, cuya proteccion espera de la summa justificacion de *V.* S. y de otra forma viniera à quedar expuesta à los riesgos de mayores calumnias, y à que otros de sus deudores se le quedassen con su hazienda, sin que se atreuiera à judicialmente à pedirla, porque le pondrian pleytos se

mejantes à este, y tenga *V.* S. por certissimo, señor, que de auer algunos Juezes estrechado tanto esta materia de in teresses en Seuilla, sin distinguir entre ellos, y entre meras vsuras, puede auer resultado huir los mercaderes Estrãge ros, y hombres solitos à negociar con su dinero, que no tienẽ otras viñas, heredades, mayorazgos, ò hazienda, y ex tinguidose este comercio, y trato de las gentes; que es el que conserva las Ciudades, como prueba Scaccia *de com mertijs*, §.1.*quæst*.1.*nu*.68.*&* 70. Petr. de Vbaldis *in præfat. de duob. fratr*. Megia *in Pragmat. tax. pan. conclus*.5.*n*.137.

¶ 55 Y por esto sin duda las Naciones de todo el Orbe, que aqui concurrian se han passado à Cadiz donde se ha hecho tan opulento el trafico, que alli solo es merca deria el dinero, alli ay ganancias, y alli està oy el Emporio, y el *non plus vltra*; quedando solo Seuilla con el nombre; quando siempre fue aclamada en la substãcia por la mas rica, y abundante, vt testatur P. Mariana *Hist. de España*, *lib*.13.*cap*.7. Rod. Caro *Antiguedad. de Sevilla lib*. 2. *cap*.2. *pag*.47.*column*.3. y oy la lloramos sin comercio, exhausta totalmente de sus riquezas, y sin tener las gentes en que ganar vn real, y sin el comercio de las Naciones, que esta rian mejor veinte leguas dẽtro de los Puertos, que en ellos auiendose resuelto ya los mercaderes naturales de Seuilla à ser Labradores, sembrando essos campos de tablada, co mo este año mas que nunca se experimenta, sin que esto pueda servir mas que para el sustento, y para remediar el daño del trigo Estrangeio de la mar, que tãta plata, y orò ha tragado de los pobres Seuillanos, que no es poco repa ro; pero aunque abunde la cultura de los campos, falta el exercicio de ias artes, y la opulencia del comercio, que son las causas internas de la despoblacion, vt inquit Saavedra Faxardo *empresa* 66.*fol*.462.*in fin*.

¶ 56 Y serà mucho, si este Consulado, y *V*niuersi dad de los nauegantes, que reside en Seuilla (como en Me tropoli de toda la Andaluzia, vt inquit P. Mariana *Hist. de España lib*.6.*cap*.15.*column*.2. *in fin*. y tiene aqui su Juzga do para los negocios que le tocan *ex tot. tit*.13.*lib*.3. *nouæ*

Recop.

*Recop.Castillæ,& tot.tit.6.lib.9.nouæ Recop.Indiar.*Don Joseph de Vetia *en su norte de la Contract.lib.1.ca.17.per tot.* en que se han procurado ampliar quanto han podido) no se passan à Cadiz, donde se hallan ya mas intereſſes, pues aqui totalmente ha cessado el logro,y vrge al daño, y solo consiguen vtilidad los deudores,pues con pretexto de vsuras reportan prouecho de su misma alegada torpeza,en q̃ lo mas juridico fuera no oirles ex *l.si creditoribus, C.de seruo pign.dat. manum.* y en esto no se cometiera fuerza.D.Salgad.*de Reg.protect.part.2.cap.8.num.61*. Y assi espera la memoria de D.Agustin Perez Presbitero difunto viuir sin nota,pues no abrà muerto,si cõsigue conseruarse con buẽ nombre,*bonum autem nomen permanebit in æuũ. Eccles.cap.*41.y al contrario de què sirue la vida, ni las riquezas,si el credito padece? *Melius est bonum nomen quam diuitiæ multæ,*que dixo tambien el Espiritu Santo, & *l. isti quidem,ff.de eo quod metus causa,& vulgat.* Y tambien por si espera Doña Ana conseguir lo que se le debe de *justicia,*sin quedar expuesta à nueuas calumnias,y el Abogado auer puesto esta breue representacion à las plantas de *V.* S. *Cuic hæc,& omnia libenter,& ex humillimo corde submittit,*que es el interes de los intereſſes, padeciendo solo daño,y dexando de conseguir muchos logros,quando no tiene à cada passo obras que sacrificar rendidamente à la D. C. de *V.* S. &c. Sevilla,y Abril 9.de 1687.

L.D.Andres de Velasco.